

הרב יהושע בן-מאיר

הורות משפטית והורות גנטית בהלכה

א. הקדמה

עקרון מקובל הוא שבהלכה מבוססת תפיסת "המשפחה הביולוגית-טבעית". לפיכך, אבהות ואימהות נקבעת על פי הקשר הביולוגי שבין ההורים ליילוד, ולא לפי חוקיות הקשר שבין האב לאם. מקור תפיסה זו הוא בפסוק (דברים כא, טו): "כי תהיין לאיש שתי נשים האחת אהובה והאחת שנואה, וילדו לו בנים האהובה והשנואה וגו'", כפי שמבואר בספרי — איזו היא אהובה? זו אהובה לפני המקום. שנואה — שנואה לפני המקום, כלומר ששנואה בנשואיה ואסורה לו, כגון: חייבי לאווין וחייבי כריתות. וכלל הלכתי הוא, ללא חולק, שכנו מן הערוה — בנו לכל דבר¹. זאת, לעומת המשפט הרומי וממשיכיו במשפט הקונטיננטלי, המבוססים על תפיסת "המשפחה החוקית". לפי שיטה זו — ילד שנולד מחוץ למסגרת הנשואין החוקיים הינו "לא חוקי", ואינו נחשב כבנו של אביו הביולוגי. תפיסה משפטית זו איפשרה את מושג האימוץ, המאפשר יצירת יחס אבהות בצורה חוקית, למרות העדרו של קשר ביולוגי טבעי.

ההתפתחות האדירה בגנטיקה וברפואה בשנים האחרונות, יצרה אפשרות לקשר ביולוגי חלקי בין הורה לילד, וכן לקשר ביולוגי בין ילד לבין יותר מזוג הורים (כגון בהפרייה חוץ רחמית IN VITRO FERTILIZATION, ואם פונדקאית — SURROGATE MOTHER).

מצב זה יוצר צורך משפטי להגדרה מדויקת יותר של אבהות ואימהות במשפט העברי.

ב. מהו הגורם הקובע את היחס הביולוגי-טבעי בין הורים לבן?

קיימות מספר אפשרויות:

1. הקשר הגנטי, וכפשטות משמעות דברי הברייתא²: "שלשה שותפין יש באדם, הקב"ה ואביו ואמו. אביו מזריע הלובן שממנו

1. משנה יבמות פ"ב, מ"ה: בבלי שם כב, ב: רמב"ם איסורי ביאה פ"ב ה"ז.

2. בבלי נדה לא, א: וכ"ה בבלי קידושין לא, ב: ירושלמי כלאים פ"ח ה"ג [לא ג].

עצמות וגידים וצרניים ומוח שבראשו ולובן שבעין. אמו מזרעת אודם שממנו עור ובשר ודם³ ושערות ושחור שבעין. והקב"ה נותן בו רוח ונשמה וקלסתר פנים וראיית העין ושמיעת האוזן ודיבור פה והילוך רגליים וכינה ושכל וכו'".

2. מעשה הביאה הוא היוצר את הקשר הביולוגי-טבעי הגורם ליחס של אבהות ואימהות.

לגבי ה"אם" קיימות בספרות ההלכתית אפשרויות נוספות:

3. מעשה העיבור (קליטת הזרע) וההריון (בחודשי לידה).

4. הלידה.

ג. האם גדרי אבהות ואימהות הינם מוחלטים?

יחסי אבהות ואימהות קובעים לגבי דינים רבים כהלכה, חלקם בשטח המצוות, כגון:

1. קיום מצות פרו ורבו ע"י האב.

2. חיוב הבן ככיבוד אב ואם.

3. בכורה לענין פדיון הבן.

חלקם בשטח המעמד האישי, כגון:

4. מעמדו הלאומי של הילד — יהודי או נכרי, כשני הנכרים ישנם לאומים שיש בהם איסורי חיתון אף לאחר גרות, כגון אדומי, מואבי ומצרי.

5. פסולי חיתון (ממזר וכדומה).

6. איסורי חיתון מחמת קירבה משפחתית.

7. חיוב ופטור ייכום (אם נחשב כבן ואם נחשב כאח).

8. יוחסין.

3. כן [=ודם] הגיה הגר"א בהגהותיו נדה שם; וכן הגירסא בכ"י מינכן: וכ"ה בירושלמי (שם); וכן גרסו הרבה ראשונים.

וחלקם בשטח דיני ממונות, כגון:

9. ירושה.

10. בכורה לירושה (אם הוא נחשב ככור ואם זה שאחריו ככור).

11. חיוב מזונות.

האם גדרי אבהות ואימהות הנם מוחלטים, ועל כן שווים לגבי כל הנושאים הנובעים מהם⁴? או שמא הגדרת אבהות ואימהות נקבעת באופן שונה מדין לדין. לדוגמא:

1. לגבי ייבום אמרה תורה (דברים כה, ה): "כן אין לו" ונדרש בגמרא⁵: "אין לו – עיין עליו" (= חפש לו בן ככל שתוכל). על כן ייתכן שאף מי שאינו בנו לשאר דברים, ייחשב בנו לפטור את האשה מהייבום.

2. לגבי בכורה (פדיון הבן ובכור לירושה) אמרה תורה (שמות לד, ט): "כל פטר רחם לי". על כן ייתכן שיתחייב בפדיון כבכור, או לפחות יפטור את הבא אחריו מפדיון, כנולד מרחם אשה, אף דלגבי דברים אחרים ייתכן שיתחייב לאשה אחרת (כגון באם פונדקאית)⁶.

3. לגבי מצות 'פרו ורבו' ייתכן שאין צורך שהילד יתייחס לגמרי אחר האב כדי שתתקיים המצוה, שהרי סו"ס פרה ורבה, והלכה כרבי יוחנן⁷ במי שהיו לו בנים בהיותו גוי ונתגייר – קיים פרו ורבו, אף שאינם מתייחסים אחריו כלל מכיוון ש"גר שנתגייר כקטן שנולד דמי"⁸.

4. באיסור אשת איש אמרה תורה (ויקרא יח, ב): "ואל אשת עמיתך לא תתן שכבתך לזרע לטמאה בה". ניתן להסיק מפסוק זה, שכל נתינת

4. אין בכוונתנו לעסוק במאמר זה במשקל הראייתי של קביעת אבהות שהוא, כמוכח, שונה בדיני ממונות מדיני איסורים ומדיני נפשות, ותלוי בפרטים רבים. נושא זה נחקר בצורה מקיפה, ראה לדוגמה מאמרו של דב פרימר, ספר אסיא ה, עמ' 185–209. (הן בית הדין הרבני והן בית המשפט העליון הסתמכו על מהדורה קודמת של מאמר זה בפסיקתם, ראה הערת המערכת, שם, עמ' 185).

5. בבלי בבא בתרא קטו, א לענין ירושה.

6. ראה בבלי חולין ע, א לגבי בהמה; וע' בבלי בכורות יט, א; מז, ב.

7. בבלי יבמות סב, א; רמב"ם אישות פט"ו ה"ו; טוש"ע אבה"ע סי' א סעיף ז.

8. בבלי יבמות כב, א. וראה שרידי אש חלק ג' סי' ה.

זרע לאשת עמיתך מטמאה אותה, ואף הוולד ייתכן שיהיה ממזר, אפילו בלא ביאה⁹. אף למלה "ממזר" ניתן פירוש "מום זר", ועל כן ייתכן שיהיה ממזר למרות שלדינים אחרים אינו מתייחס לאכיו הביולוגי¹⁰.

5. בירושה וממזרות קיים דין של "יכיר"¹¹, נאמנות של האב לומר שפלוני בנו לירש אותו ולעשותו ממזר. ייתכן שמחמת דין זה (שלדעות רבות מועיל אף כנגד ראיות אחרות) יתברר קנה מדה אחר לגבי אבהות לענין ירושה וממזרות.

ד. האם גדרי "המשפחה הטבעית" ו"אבהות" שווים בכל?

בנושא זה יש לדון תחילה בארבע שאלות עקרוניות:

1. האם יש הכדל בין אדם לכהמה (גם בכהמה יש יחס לגבי "בכורה" ו"אותו ואת בנו")?

2. מהם גדרי אבהות ואימהות בכני נח?

3. מהם גדרי אבהות ואימהות בכרי ועבד הבא על בת ישראל, שנחלקו אמוראים אם הוולד נכרי, ישראל ממזר או ישראל כשר¹²?

4. היש מקום להשוות העברת ביציית מאשה אחת לחברתה לדיני זרעים בהעברה של צמח מקרקע אחת לקרקע שניה¹³?

9. ראה הרב יהודה לייב צירלסאהן, שו"ת מערכי לב, חלק החשובות, אבה"ע סי' עג.
10. ראה הרב עובדיה הדאיה, הזרעה מלאכותית, נועם, א (תשי"ח), עמ' קל-קלד; הרב שלמה זלמן ארעבאך, הזרעה מלאכותית, שם, עמ' קמז-קס"ו.
11. דברים כא, יז; קידושין עח, ב; וראה אנציקלופדיה תלמודית, ג, עמ' רפ"ב-רפ"ג.
12. ראה בבלי קידושין סח, ב; וע' זכר יצחק סי' ד; אמרי משה סי' כז.
13. ראה שו"ת אבן יקרה ח"ג סי' כט (הובא בצ"ץ אליעזר ח"ו, סי' מת, פרק ה, אות טז; וח"י, סי' כה, פרק כו, אות ג) שדימה השתלת אברי ההולדה לסוגית סוטה מג, ב "ילדה שסיכבה בזקנה". [מובא להלן עמ' 152 — העורך]

לאחרונה יצא פרופ' זאב לב כעמק הלכה ב (תשמ"ט), עמ' 172-163, בהצעה להשוות אם פונדקאית לנאמר בבבלי במנחות טט, ב בענין שיכולת שהביאה שליש לפני העומר ועקרה ושתלה אחר שקרב העומר והוסיפה, "אם בחר עיקר אזלינן או בחר תוספת אזלינן" [=אם הולכים אחר תחילת הצמיחה והבאת השליש שהיה לפני העומר ולכן השיכולת הותרה בעומר, או הולכים בחר התוספת שהוסיפה השיכולת לאחר העומר ועל כן לא הותרה ואסורה עד העומר של שנה הבאה]. ועיין שם עמ' 175-173 תגובה מידידי הרב א.י. כלאב.

למעשה יש מקום לדון כיצד קובעת ההלכה אבהות ואימהות כבעיות הנובעות מהתקדמות הגנטיקה והרפואה, ובעיקר:

1. הזרעה מלאכותית.
2. הפרייה חוץ־רחמית ("תינוקות מבחנה").
3. אם פונדקאית.
4. השתלת שחלות.
5. שיכפול אנוש (שיבוט — CLONING).
6. ¹⁴(Gamete Inter Fallopian Transfer) = GIFT.

ה. קביעת אבהות בספרות הפוסקים האחרונים

על חלק מהבעיות המשפטיות־רפואיות המודרניות דנו הפוסקים האחרונים. בעיקר אמורים הדברים לגבי הזרעה מלאכותית, עקב התייחסות מפורשת כתלמוד לאפשרות הזרעה מלאכותית (נתעברה כאמבטי)¹⁵, ופסיקה בראשונים לתוצאות המשפטיות של ילד הנולד מזרע של גבר ללא פעולה של ביאה¹⁶. על בסיס מקורות אלו נכתבה ספרות הלכתית עניפה שדנה בבעיות דלהלן:¹⁷

א. האם מותרת הזרעה מלאכותית מזרע הבעל, וכאם כן — המותרת הזרעה גם בזמן נידחה של האשה?

ב. המותרת הזרעה לאשה נשואה מזרעו של גבר אחר (שאינו בעלה)?

ג. האם אשה שהופרתה מזרע של גבר אחר נאסרה לבעלה?

¹⁴ "Preliminary Experience with Gamete Interfallopian Transfer" — ASCH, HR — Fertility & Sterility, (45)3, March 1986.

¹⁵ בבלי חגיגה טו, א.
¹⁶ הגהות הסמ"ק, הובא בכ"ח יור"ד סי' קצה; וע' אבה"ע סי' א, כחלקת מחוקק סק"ח; בית שמואל סק"י; ט"ז סק"ח; ארצה"פ, שם, סקמ"ב.
¹⁷ הרבנים ד.מ. קרויזר; מ.מ. כשר; י.ז. מינצברג; ע. הדאיה; מ. שפירא; א.י. ניימרק; ש.ז. אויערבאך, נועם, א (תשי"ח), עמ' קי"א-קס"ו; הרב משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, אבה"ע, סי' י, עא; שם, אבה"ע ח"ב, סי' יא, יח; שם, אבה"ע ח"ג, סי' יא; הרב אליעזר וולדינברג, שו"ת ציץ אליעזר, ט, סי' נו, שער ד; שם, יג, סי' צו; הרב שמואל א. יודלביץ, כירור הלכה באיסור השתמשות בהפריה מלאכותית, נועם, י (תשכ"ז), עמ' נ"ז-ק"ג; אברהם שטיינברג, הזרעה מלאכותית לאור ההלכה, ספר אסיא א, עמ' 128-141.

ד. וולד שנוולד מהזרעה מלאכותית, האם מתייחס לאביו?

ה. אם הזרע הוא מתורם זר (כאשה נשואה), האם הוולד כשר או ממזר?

ו. חיוב של תורם הזרע במזונות¹⁸.

כן נדונו שאלות הלכתיות שונות הקשורות לשטח קיום המצוות¹⁹.

ו. קביעת אבהות

לגבי הפרייה חוץ-רחמית ואם פונדקאית, דהיינו לגבי קביעת אימהות, עדיין קיימת התייחסות מועטה בספרות הפוסקים²⁰. בכירור בעיה זו התבססו במידה רבה על דברי אגדה²¹, אם כי נמצא מקור הלכתי בתלמוד לקביעת אימהות ע"פ לידה בלבד (ללא ביאה ועיבור)²².

בשנת תשמ"ו סקרת²³ מאמרי ההלכה שנכתבו בנושא, והעליתי שלהלכה קיימות שלוש אפשרויות לקביעת אימהות:

18. יצחק אינדיג, חיוב מזונות בנוולד מהזרעה מלאכותית, דיני ישראל, כ (תשל"א), עמ' 83-115.
19. כגון אם מילת חינוך שנוולד מהזרעה מלאכותית דוחה שבת, ראה הרב ש.ז. אויערבאך, נועם (שם).
20. הרבנים י.ד. בלייך; י. גרשוני, אור המזרח, צב (תשל"ט), עמ' 21-12; הרב מ. סולובייצ'יק, אור המזרח, 100 (תשמ"א), עמ' 122-128. הרב משה הרשור, הלכה ורפואה, א, עמ' שז-שכ; הרב א.י. וולדינברג, ספר אסיא ה, עמ' 84-92 (ותשובת הרב א. נבנצאל, שם, עמ' 92-93); שו"ת ציץ אליעזר, טו, סי' מה; מ. דרורי, תחומין, א (תשמ"מ), עמ' 280-296; הרבנים ז.נ. גולדברג, א.י. כלאב, שם, ה (תשמ"ד), עמ' 248-267.
21. בעיקר על פירוש התרגום המיוחס ליונתן בן-עוזיאל על הפסוק (בראשית ל, כא): "ואחר ילדה בת ותקרא את שמה דינה", שפירש שרחל נתעברה כדינה ולאה ביוסף, ועקב תפילת לאה נתחלפו דינה ביוסף כמעט רחל ולאה (כ"פ בעה"ת עה"ת; בעה"ט בשם הרא"ש).
22. בבלי יבמות, צז, ב – צח, א כסוגיית מעוברת שנתגיירה. כיוון שבשעת הגיור חל עליה דין "גר שנתגייר כקטן שנוולד דמי", נוצר (לפחות לענין יחס משפחתי) נתק בין מעוברת זו לבין מעשה הביאה והעבור. על כן, אף שבפועל גיורת זו היא אמו הגנטית של הילד. הרי מבחינה משפטית היא כמו אם פונדקאית, כיוון שע"י מעשה הגיור נותק (מבחינה משפטית!) הקשר שבין האם לבין תחילת יצירתו של הוולד. ומכיוון שמבואר בסוגיית שם, שהבן שנוולד לאחר הגיור נחשב ככנה של הגיורת, הרי שלפי התלמוד לידה לבדה קובעת אימהות.
23. ר' הלחן עמ' 153-168. ביתניים נתפרסמה מהדורה נוספת של מאמר זה עם הוספות בעמק הלכה, ב (תשמ"ט). הציונים שאציין למאמרי זה הם לפי המהדורה שהופיעה באסיא.

- א. דעת רש"י²⁴ — שהעובר מתייחס לאמו הגנטית, תורמת הביצית.
- ב. דעת הגרעק"א, הדגול מרכבה והזכר יצחק²⁵, וכן סברו הרב ז"נ גולדברג והרב א"י כלאב, שליט"א²⁶ — שהעובר מתייחס לאמו הפונדקאית שגידלה את העובר ברחמה וילדתו.
- ג. דעת הגרא"י וולדינברג שליט"א²⁷ — שהעובר אינו מתייחס כלל לא לאביו ולא לאמו, לא לתורמי הביצית והזרע, לא לאם הפונדקאית ואפילו לא לאם הביולוגית, אם ההריון נוצר בתהליך של הפריית מבחנה.

ז. האם ייתכן מצב של שתי אמהות לבן יחיד?

אמנם לכאורה אפשרית דעה נוספת, והיא שיש לעובר זה שתי אמהות, ולשתייהן גם יחד יש דין אם. אבל כמבט ראשון נראה הדבר ככלתי אפשרי, שכן היכן מצאנו בתורה"ק שתי אמהות לילד אחד. וכע"ז הסיק גם הרא"י כלאב, במאמרו הנזכר בתחומין, שב' אמהות לא מצינו ואינו אפשרי.²⁸

והנה מצאתי באחד מגדולי רבותינו האחרונים, בעל המנחת חינוך, שחקר ממש בשאלה זו, האם אפשריות ב' אמהות, ומהי הגדרת אם. בפרשת אחרי מות, דיני עריות, כתב המנחת חינוך²⁹:

"ועיין במהרי"ט אלגאזי לבכורות פ"ו (אות נח ד"ה וראיתי להרא"ש) מביא שם דאנדרוגינוס מוליד מאשה וגם יכול לילד מזכר, ע"ש. ... ולכאורה כיוון

24. ראה במאמרי הנזכר הערה 49. כדעה זו נקט בפשיטות ד"ר איתמר ורהפטיג בתחומין ה' (תשד"מ) עמ' 268 כהערוותיו לדיון בנושא.

25. ראה במאמרי הנ"ל הערה 11.

26. תחומין ה' (תשד"מ) עמ' 274-248. אלא שנחלקו בהשתלח עובר מנוכרית לישראלית. דעת הרב א"י כלאב שכיוון שאין גירות — הוולד גוי גמור, וכאם יתגייר אין לו שום יחס לאמו והרי הוא כתינוק שנולד. ואילו דעת הגר"נ גולדברג שאף שהוולד צריך גירות, לאחר הגירות יתייחס לאמו הישראלית שילדתו. נע' במאמרי הנ"ל.

27. אסיא חוברת לג תמוז תשמ"ב (כרך ט חוברת א), עמ' 13-6; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ט"ו, סימן מ"ה; ספר אסיא ה' (ירושלים תשמ"ו) עמ' 93-84. כע"ז דעתו של הרב יהודה גרשוני, תינוקת המבחנה הראשונה בעולם לאור ההלכה, אור המזרח, חוברת צב, תשרי תשל"ט, עמ' 15-21.

28. באמצעים טכנולוגיים ניתן היום ליצור עובר שמבחינה גנטית הינו בן של שתי אמהות, ע"י איחוי (FUSION) של שני עוברים במבחנה כשלב מוקדם של ההריון, והחזרת העובר לרחם. הצאצא שהוא מזואיקה (כימרה CHIMERA) אנושית הינו בן גנטי של שתי אמהות.

29. מצוה קפ"ט. הסימונים להלן למג"ח הם ע"פ מהדורת "מכון ירושלים" תשמ"ח — מצוה קפט אות ג; מצוה קצ אות ב; מצוה קצב אות ג; מצוה קצג אות ד.

דאנדרוגינוס ספק הוא, א"כ אם בנו בא עליו דרך זכרותו חוץ מהלאו דמשכב זכר דהתורה רבייה, מ"מ חייב עוד ממה נפשך, דאם זכר הוא חייב משום אביו ואם נקבה היא חייב השוכב משום בא על אמו. וכן אם בא על אביו בדרך נקבות אפשר יהיה חייב משום בא על אמו, ואם הוא ספק יתחייב אשם תלוי. אך צ"ע, דאפשר דהתורה לא חייבה בכא על האם רק כשנולד ממנה, אבל כאן כשנולד ממנו בדרך אב ויש לו אם, צ"ע אם יתחייב כלל משום אם, כיוון דיש לו אם גמורה. וכן אם אנדרוגינוס הולידה בן מזכר, ואחר זה בא הבן עליה דרך זכרותו דמשום זכר ודאי חייב, ויתחייב (ג"כ) [עוד] ממה נפשך, דאם האנדרוגינוס נקבה יתחייב ג"כ משום בא על אמו ואם הוא זכר הרי הוא אביו. וצ"ע [גם] בזה דכיוון דיש לו אב גמור אפשר דזה לא נקרא אב כלל, וגם אפילו אם היא נקבה ובא עליה דרך זכרותו פטור משום אם, דאם אם היא לא חייב בדרך זכרות. וכן לעיל אם אנדרוגינוס הוא אב ובא עליו דרך נקבות, ג"כ אינו מחייב משום בא על האב, כיוון דלא בא עליו דרך זכרות. וצ"ע בדינים אלו".

ברור למעיין שהמנחת חינוך הסתפק בשני דברים. ראשית — מהי הגדרת אב ואם. אפשר להבין שאם היא היולדת ואב הוא המוליד. אבל אפשר גם לומר שהורה זכר הוא אב, והורה נקבה היא אם, ולכן מי שהוליד ילד כזכר, והילד בא עליו כנקבה, יתחייב משום בא על אמו. שאלה זו מעשית כשנעשים ניתוחים להפיכת זכר לנקבה ונקבה לזכר. על כן ייתכן שזכר שיש לו ילדים יעבור ניתוח ויהיה נקבה ויבוא עליו בנו דרך נקבותו, האם חייב או פטור³⁰.

עוד חקר המנחת חינוך, שאף אם נאמר שהורה נקבה היא אם, אפשר שאין זה אלא כאשר אין לוולד "אם גמורה", אלא רק "מקצת אם", ואז אפשר שיהיו הרכה "מקצת אם". אבל כשיש לוולד "אם גמורה", אפשר ששוב א"א שתהיה לו אם נוספת. אמנם נראה מדבריו שפשוט לו ש"מקצת אם" יכול להיות לוולד יותר מאחר.

יתירה מזו, כמבט ראשון נראה שלדעת המנחת חינוך תורמת ביצית תהיה אם. שהרי לדבריו נקבה שתרמה זרע ליצירת העובר היא אם, אם כן ק"ו שבתרמה ביצית שהיא אם. אך האמת היא שאין זו הוכחה. אנדרוגינוס שהוליד בן כזכר הוא הורה גמור, שהרי הוא אביו, ולכן, כאשר הוא נקבה — הוא אם, שהרי הורה נקבה היא אם. אבל תורמת הביצית, היא גופא מספקא לן באם ע"י תרומה זו נעשית הורה בכלל. אמנם אם נעשית הורה — אז ודאי שתהיה לאם.

30. ראה שו"ת ציץ אליעזר חלק יא סימן ע"ח.

ת. סיכום

מסקנת הדברים שלגבי קביעת אימהות יש ארבע אפשרויות:

1. היילוד מתייחס לאמו הגנטית, תורמת הביצית.
 2. היילוד מתייחס לאמו יולדתו.
 3. אין היילוד מתייחס אלא לאם שהיא גם גנטית וגם יולדת, ולכן יילוד שנולד מרחם פונדקאית יהיה חסר-אם מבחינה משפטית.
 4. יילוד מאם פונדקאית יהיה מבחינה משפטית בן לשתי אמהות, גם לאמו הגנטית תורמת הביצית, וגם לאמו יולדתו.
- כפי שהערנו למעלה בפרק ג, אפשר שדין זה לא יהיה אחיד, ויהיה שוני בין הלכה אחת לחברתה. לגבי הלכות מסוימות — אפשר שתהיינה שתי אמהות, לגבי הלכות אחרות — לא תהיה אם כלל, או שאחת מהם תהיה האם.
- אין ספק ששאלה זו טעונה עדיין ליבון ופסיקה של גדולי הדור.

(מקור: אסיא מז-מח (יב, ג-ד), כסלו תש"ן, עמ' 80-88)